



# DEUX FAÇONS DE MESURER LA LIBERTÉ DE PROCRÉATION

Speranta Dumitru

## ► To cite this version:

Speranta Dumitru. DEUX FAÇONS DE MESURER LA LIBERTÉ DE PROCRÉATION. *Raison Publique*, 2009, 11, pp.153-167. hal-01348364

**HAL Id: hal-01348364**

**<https://hal.science/hal-01348364>**

Submitted on 1 Sep 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## DEUX FAÇONS DE MESURER LA LIBERTÉ DE PROCRÉATION

*Speranta Dumitru\**

La perspective de produire un grand nombre d'enfants génétiquement identiques, qui serviraient ensuite comme esclaves ou soldats, est l'un des scénarios censé nous convaincre des conséquences véritablement inacceptables du clonage. Les auteurs de fiction se sont servis de son effet « terreur garantie » avant même que la technologie ne soit disponible : le classique d'A. Huxley, *Le Meilleur des Mondes* (1923) ou le film *Les Garçons de Brésil* (1978) réalisé d'après une nouvelle à succès d'Ira Levin n'en étant que deux exemples. Ce que savent exploiter les auteurs de fiction dans ce type de scénario, c'est non pas une mais deux sources de peur à la fois. Car il ne suffit pas de provoquer la répulsion en brandissant un caractère moralement détestable – des individus trop dociles ou trop agressifs, qui deviendraient des esclaves ou des soldats obéissants. Il s'agit aussi de l'amplifier en représentant une *multitude* de clones.

Dans l'état actuel de la connaissance, la première source de peur semble désamorcée et il est peu probable que nous puissions créer à l'avenir un caractère obéissant, généreux ou rebelle, en manipulant le génome. Seule la capacité à créer plusieurs individus génétiquement identiques garde un élément plus réaliste, ce qui lui vaut parfois d'être mobilisée – les usages artistiques mis à part – dans les débats éthiques. Des arguments dits de la « pente savonneuse » suggèrent que si l'interdiction du clonage était levée, la voie à la libre création d'innombrables personnes génétiquement identiques serait laissée ouverte.

Dans de nombreux pays, le législateur s'est employé à ne pas laisser cette voie ouverte. Cependant, une question qui, elle, est laissée ouverte est celle de savoir en quoi notre répugnance devant *le nombre* de personnes génétiquement identiques serait moralement légitime. De nombreux philosophes libéraux pourraient suggérer le contraire. Ils ont souvent fait remarquer que l'interdiction du clonage reproductif enfreint la liberté

\* Speranta Dumitru est maître de conférences à l'Université de Paris V (René Descartes).

de procréation et le droit à avoir des enfants biologiques. Or, avant que la technique du clonage ne soit envisageable, le nombre d'enfants était considéré comme l'un des choix procréatifs les plus importants. Ces philosophes ne seraient-ils donc pas obligés, sous peine d'incohérence, de soutenir que la liberté de procréation protège non seulement le recours au clonage, mais aussi son usage répété ? Ne seraient-ils pas également amenés à dire que l'option de l'usage répété du clonage *augmente* la liberté de procréation ?

Pour répondre à ces questions, nous distinguerons, dans la 1<sup>ère</sup> partie de cet article, la liberté de procréation comme *autonomie* de la liberté de procréation comme *droit à la reproduction*. Ces deux interprétations recommandent des façons différentes de mesurer les atteintes à la liberté de procréation. Plus précisément, nous montrerons dans la 2<sup>e</sup> partie que le choix du nombre d'enfants est objet de protection seulement dans la première interprétation alors que dans la seconde la valeur marginale de chaque enfant supplémentaire est décroissante, tout comme sa protection. Les deux autres parties de l'article ont trait à la justification des limites de la liberté de procréation en cas du clonage. Ainsi, dans la 3<sup>e</sup> partie, nous reconstruirons les arguments libéraux basés sur l'autonomie de l'enfant pour les rejeter : la liberté de procréation ne diminue pas la liberté de l'enfant à venir uniquement parce qu'il est conçu par clonage. Mais si l'octroi de cette liberté à la génération présente n'amoindrit pas celle de la génération à venir, nous montrerons en revanche, dans la 4<sup>e</sup> partie, qu'elle peut s'opposer à la liberté de la génération passée. Nous suggérerons ainsi que le droit à avoir des enfants biologiques est, dans la seconde de ses interprétations, contradictoire.

## DEUX CONCEPTS DE LA LIBERTÉ DE PROCRÉATION

Ce n'est pas soutenir une position normative que d'affirmer que les lois interdisant le clonage reproductif diminuent la liberté de procréation. Même les opposants au clonage s'efforcent souvent de montrer que le clonage n'est pas reproduction ou que le clone n'est pas un enfant<sup>1</sup>. En

1 Lori B. Andrews, « Is there a Right to Clone ? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning », *Harvard Journal of Law and Technology*, 1998, vol. 11, n° 3, p. 643-683 ; George J. Annas, « Human Cloning » *ABA Journal*, 1997, vol. 83, p. 80-81 ; Lisa Sowle Cahill, « No Human Cloning: A Social Ethics Perspective », *Hofstra Law Review*, 1998, vol. 27, p. 487-501 ; Evelyne Shuster, « Human Cloning: category, dignity and the role of Bioethics », *Bioethics*, 2003, vol. 17, n° 5-6, p. 517-525.



revanche, ceux qui déplorent cette perte de liberté<sup>2</sup> peuvent mesurer l'atteinte portée à la liberté de procréation de deux façons et les résultats ne seront pas les mêmes selon que cette liberté est comprise comme un droit à l'autonomie ou un droit à la reproduction.

Pour préciser cette différence, il n'est pas inutile de faire un détour par la distinction bien connue d'I. Berlin<sup>3</sup> entre deux concepts de liberté, l'un compris comme absence de contrainte (liberté négative), l'autre comme possibilité d'accomplir une action (liberté positive). Bien que la validité de cette distinction ait été dès le début contestée – puisque les deux notions peuvent apparaître comme les aspects complémentaires d'un même concept<sup>4</sup> – elle garde un intérêt pratique. Ainsi, ceux qui veulent mesurer la liberté d'une personne, en dénombrant les lois qui entravent sa conduite, endossent plutôt un concept négatif de liberté. En revanche, ceux qui ne réduisent pas la contrainte à la *présence* d'une loi ou d'un obstacle explicite, mais soulignent qu'une personne peut être non libre également en *l'absence* de quelque chose, se sentent plus proches du concept positif. Il n'est pas inhabituel de traiter la pauvreté ou l'incapacité comme un manque de liberté.

Les deux concepts de liberté de procréation que nous voulons isoler ne représentent pas l'application mécanique de la distinction entre liberté positive et liberté négative. En effet, la liberté de procréation a toujours été défendue comme une liberté négative, qui requiert une obligation de ne pas s'immiscer dans les choix procréatifs des autres et non pas le devoir de remédier à l'infertilité ou à d'autres formes d'incapacité qui les toucheraient. Mais lorsque l'on veut évaluer la perte en liberté de procréation entraînée par exemple par l'interdiction du clonage, les objections formulées dans le débat plus général par les critiques de la liberté négative peuvent fournir un préliminaire pour comprendre le sens de notre distinction dans le contexte de la procréation.

- 2 Price Foley, « Human Cloning and the Right to reproduce », *Albany Law Review*, 2002, vol. 65, p. 625-649 ; John Harris, *On Cloning*, London, Routledge, 2004 ; John Robertson, « Liberty, Identity, and Human Cloning », *Texas Law Review*, 1998, vol. 76, n° 6, p. 1361-1456 ; Carson Strong, « The Ethics of Human Reproductive Cloning », *Reproductive Biomedicine*, 2005, vol. 1, n° 1, p. 45-49 ; Lawrence Wu, « Family Planning through human cloning », *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, n° 6, p. 1461-1515.
- 3 Isaiah Berlin, « Deux concepts de liberté » (1958), trad. J. Carnaud dans I. Berlin, *Éloge de la liberté*, Paris, Presses de la Cité, 1988.
- 4 Gerald MacCallum, « Negative and Positive Freedom », *Philosophical Review*, 1967, vol. 76, n° 3, p. 312-34.



Ce qui ne tourne pas rond avec la liberté négative, a-t-on soutenu, c'est que ses tenants semblent ne pas distinguer entre la qualité des différentes contraintes qui peuvent limiter notre conduite. Si c'était du silence de la loi que dépendait la plus grande liberté<sup>5</sup>, il s'ensuivrait que l'Albanie socialiste, pays dans lequel il y avait, selon le célèbre contre-exemple de Ch. Taylor<sup>6</sup>, peu de feux de signalisation (car peu de voitures), devrait être jugée plus libre que l'Angleterre. Or, il semblerait que certaines contraintes affectent, moins que d'autres, la perte en liberté. Sur ce, même le pionnier de la liberté négative, I. Berlin, semble avoir cédé en écrivant qu'en effet, nous ne sommes pas libres lorsque nous sommes empêchés par les autres de faire *ce que nous souhaitons faire*<sup>7</sup>. D'autres auraient pu écrire « ce que nous souhaiterions faire » ou encore « ce qu'il est raisonnable de souhaiter faire ». Mais plus nous nous attelons à distinguer les actions qui sont importantes pour la définition de la liberté de celles qui le seraient moins – autrement dit, plus nous développons une approche axiologique<sup>8</sup> – plus nous nous éloignons d'une conception purement négative de la liberté.

Ce glissement semble avoir eu lieu dans la défense de la liberté de procréation. Un parallèle historique peut aider à comprendre la distinction entre les deux concepts de liberté de procréation. En effet, la défense de cette liberté émerge comme réaction contre les politiques eugénistes de l'État et contre l'interdiction de l'avortement. Ainsi, reconnaissant explicitement le statut spécial de la procréation, la Cour Suprême des États-Unis a invalidé en 1942 la loi d'Oklahoma qui permettait la stérilisation de certains criminels<sup>9</sup>. Dans d'autres décisions, elle a appuyé l'usage des moyens contraceptifs par les couples mariés<sup>10</sup> ou le droit des femmes à l'avortement<sup>11</sup>, en forgeant ainsi l'affirmation d'un droit à la vie privée contre l'immixtion de l'État. En Europe, le droit à se marier et à « fonder une famille », sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion est affirmé presque à la même époque comme un droit fondamental de la personne contre l'État<sup>12</sup>. Mais

5 Thomas Hobbes, *Léviathan* (1651), trad. G. Mairet, Paris, Gallimard, 2000, II, 21, p. 349.

6 Charles Taylor, « Qu'est-ce qui ne tourne pas rond avec la liberté négative » (1979), dans *La Liberté des modernes*, trad. P. de Lara, Paris, PUF, 1999, p. 267.

7 Isaiah Berlin, nouvelle Préface (1969) de *L'Éloge de la liberté*, *op. cit.*

8 Ian Carter, *A Measure of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

9 *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535.

10 *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479, 1965.

11 *Roe v. Wade*, 410 US 113, 1973.

12 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948, art. 16.



avec l'arrivée des techniques d'assistance médicale à la reproduction, la défense de la liberté de procréation prend un tournant différent. Il ne s'agit plus de défendre uniquement la procréation comme un espace protégé de l'immixtion étatique, mais aussi d'en affirmer l'importance en tant qu'intérêt fondamental de l'individu.

La différence entre la liberté de procréation comme autonomie et le droit à la reproduction dérive surtout de leur justification. Lorsqu'en évaluant l'avortement, R. Dworkin se demande si les femmes ont un droit constitutionnel à l'autonomie procréative, ce qu'il entend par cela c'est « un droit à contrôler leur propre rôle dans la reproduction, pour autant que l'État ne fournisse une raison solide de refuser ce contrôle »<sup>13</sup>. Et comme l'État (américain) est tenu à ne pas limiter la liberté au nom de l'importance accordée par une religion à une valeur, la priorité absolue donnée à la vie humaine dès le moment de la conception ne pourra pas constituer une raison suffisamment solide pour refuser ce contrôle. Ce que suggère R. Dworkin, en comparant la contraception à l'avortement, est que le caractère fondamentalement privé de la procréation protège l'ensemble d'actions qui s'y lient. Le droit à contrôler son propre rôle dans la reproduction est, comme le droit à la vie privée, un droit à exclure les autres de ce qui est considéré comme une affaire privée et d'exiger une justification solide en cas d'éventuelle volonté de transgression.

La liberté de procréation comme droit à la reproduction se définit moins comme un droit à exclure les autres. Sa justification est élaborée plutôt autour de l'intérêt fondamental que représente la reproduction dans la vie d'une personne. La liberté de procréation, selon J. Robertson – son défenseur le plus ardent dans le contexte de la procréation médicalement assistée et le premier à avoir utilisé le terme<sup>14</sup> – doit avoir priorité lorsqu'elle entre en conflit avec d'autres valeurs, une priorité fondée sur l'importance de la décision d'avoir ou non des enfants. C'est une décision qui affecte non seulement le corps des femmes dans un sens important, mais aussi « l'identité psychologique et sociale de quelqu'un, ses responsabilités sociales et morales » et pour beaucoup, elle représente la partie la plus importante de leur plan de vie<sup>15</sup>.

Pour résumer, les deux concepts de liberté procréative ne diffèrent pas tant quant au type de droit protégé : dans les deux cas il s'agit des droits



<sup>13</sup> Ronald Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage, 1994, p. 148.

<sup>14</sup> John Robertson, « Embryos, Families and Procreative Liberty : The legal structure of the new Reproduction », *Southern California Law Review*, 1985, vol. 59, p. 939-1043.

<sup>15</sup> John Robertson, *Children of Choice*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 24.





négatifs. Mais l'un se définit uniquement comme exclusion des tiers, tandis que l'autre précise la valeur des actions protégées. La différence consiste dès lors dans les valeurs qui fondent ce droit et dans la façon dont on distribue la charge de la justification. Dans le cas de l'autonomie, fondée sur le respect de la vie privée, c'est aux tiers de motiver toute volonté de transgression. Le droit à la reproduction s'appuie sur un intérêt fondamental de la personne pour la procréation, dont les défenseurs acceptent de porter eux-mêmes la charge de la justification, en montrant comment certaines actions lui sont essentielles.

#### LES POLITIQUES DE LA PROCRÉATION

158

La distinction entre les deux concepts de liberté de procréation n'est pas sans effet pratique. Elle entraîne des différences dans l'étendue de la protection et dans la qualification des atteintes portées à la liberté de procréation.

Tout d'abord, un ensemble plus vaste d'actions est protégé par le droit à l'autonomie que par le droit à la reproduction, puisque toute décision liée à la procréation peut être défendue comme foncièrement privée. Tel est le cas de la décision d'avoir des enfants biologiques, d'en adopter ou de ne pas en avoir du tout, le choix du partenaire, du moment considéré opportun, de l'usage des technologies et même du type d'enfants<sup>16</sup>. En revanche, la protection offerte par le droit à la reproduction reste plutôt maigre. J. Robertson, qui s'en est fait le porte-parole, affirme explicitement que « tout ce qui arrive dans la procréation et autour d'elle ne tombe pas sous les intérêts protégés »<sup>17</sup>. Pour illustrer ses propos, il évoque le choix d'accoucher en présence de son conjoint ou d'une sage-femme, à la maison ou à l'hôpital – exemples qui révèlent une fois encore que le droit à la reproduction n'est pas une version du droit à la vie privée.

Corrélativement, le type de contraintes qui seront qualifiées d'atteintes à la liberté de procréation sera différent selon le concept endossé. Tandis que les défenseurs de l'autonomie procréative ne discriminent pas *prima facie* entre les contraintes, les avocats du droit à la reproduction considèrent que certaines atteintes sont plus graves que d'autres. Interdire, par exemple, l'usage des techniques d'insémination artificielle

<sup>16</sup> Allen Buchanan, Dan Brock, Norman Daniels & Daniel Wikler, *From Chance to Choice. Genetics and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 209-212.

<sup>17</sup> Robertson, *Children of Choice*, *op. cit.*, p. 23.





aux personnes infertiles représente une atteinte grave à leurs droits fondamentaux. Mais bien que Robertson défende l'usage du diagnostic génétique prénatal – puisque la santé de l'enfant à naître peut être fondamentale pour la décision des parents de procréer ou non – il ne verrait pas d'inconvénient à interdire les techniques non thérapeutiques. Au contraire, il affirme dans son livre que « des pratiques futuristes comme l'amélioration génétique non thérapeutique, le clonage ou la dégradation intentionnée des caractéristiques de sa descendance s'éloignent tellement du noyau d'intérêts qui rendent la reproduction significative [pour la vie humaine] qu'elles tombent en dehors de la niche de la liberté de procréation »<sup>18</sup>.

Quelques années après avoir écrit son livre, Robertson revoit sa position sur le clonage<sup>19</sup>. Lorsqu'il y a intention de gestation et/ou d'élever l'enfant – composante de l'intérêt fondamental de la procréation – il n'y a pas de raison pour ne pas considérer les techniques de transfert de noyau sur le même plan que les autres techniques d'assistance à la reproduction. Il est moralement acceptable, selon Robertson, qu'un couple clone ses embryons ou son propre enfant, lorsqu'il ne peut en avoir un autre ou qu'il en désire un aussi adorable que le premier. Puisque le désir d'avoir un enfant biologique, de le porter et de l'élever n'est pas considéré comme moralement douteux lorsqu'il est accompli par coït, pourquoi le deviendrait-il lorsqu'il est réalisé à l'aide des techniques ? En revanche, cloner en utilisant l'ADN des tiers sans leur consentement ou se cloner soi-même sans avoir l'intention d'élever l'enfant pose problème.

Une approche similaire est défendue par D. Davis, qui distingue entre motivations « logistiques » et « duplicatives » qui animent l'usage du clonage<sup>20</sup>. Lorsque l'intention d'un couple est simplement celle d'avoir un enfant et que le clonage leur apparaît comme une option particulièrement avantageuse parmi celles dont ils disposent – adopter, rester sans enfant, recourir à l'insémination avec donneur – l'usage qu'ils en feront est purement logistique. Autrement dit, la reproduction de l'identité génétique représente seulement l'effet secondaire, non intentionné, de leur acte. En revanche, lorsque la principale attraction est de calquer un génome, les motivations duplicatives disqualifient moralement le recours au clonage.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 34. Voir aussi chapitre 7, p. 149-173.

<sup>19</sup> Robertson, « Liberty, Identity... », art. cit.

<sup>20</sup> Dena S. Davis, *Genetic Dilemmas. Reproductive technology, Parental Choices, and Children's Futures*, New York, Routledge, 2001, p. 114-115.





Qu'en est-il du nombre d'enfants clonés qu'une personne ou un couple désirerait avoir ? En effet, la technique du clonage – qui consiste à insérer dans un ovocyte, préalablement énuclé, le noyau d'une cellule somatique – peut être répétée avec de nombreuses cellules et relativement peu d'ovocytes provenant tous de la même personne (autrement dit, avec le même ADN). Aussi, par scission embryonnaire, plusieurs embryons génétiquement identiques peuvent être formés à partir d'un seul, que celui-ci soit créé ou non par transfert nucléaire. Avec ces possibilités, la création d'un grand nombre d'enfants par clonage signifiera-t-elle *une plus grande* liberté de procréation ?

Les défenseurs du droit à l'autonomie répondront par l'affirmative, car pour eux l'étendue de la liberté d'une personne est directement proportionnelle au nombre d'actions qui lui sont ouvertes. Limiter le nombre de recours que quelqu'un peut avoir à une technique c'est diminuer sa liberté. Cette façon de mesurer la liberté n'est pas, on l'a vu, très intuitive : nous ne pensons pas que nous sommes dix fois plus libres si nous avons accès à dix voitures Ford<sup>21</sup>. De même, la liberté de procréation ne semble pas être directement proportionnelle avec le nombre d'enfants que nous sommes autorisés à faire.

Cette intuition est saisie par la doctrine du droit à la reproduction. D'abord, si le clonage est répété un nombre considérable de fois, il sera difficile de plaider en sa faveur en gardant l'analogie avec la motivation des personnes qui se reproduisent naturellement. Mais comme cette doctrine défend en priorité les personnes complètement infertiles, qui n'ont d'autre moyen en dehors du clonage d'avoir un enfant biologique, l'implication qu'elle semble avoir est que les premiers enfants se verront accorder une valeur plus grande que les suivants.

Exprimé autrement, cela suppose que la valeur marginale de chaque enfant supplémentaire est censée décroître, ce qui implique que l'usage répété du clonage ne tombera pas sous sa protection. De surcroît, pour garder la consistance, ses défenseurs devraient traiter les contraintes concernant le nombre d'enfants – qu'ils soient nés avec ou sans assistance médicale à la procréation – comme moins graves que la législation qui restreint les choix technologiques des personnes infertiles. Mais ce n'est pas toujours le cas. Robertson critique, par exemple, la politique chinoise en matière de fertilité, en lui objectant l'intrusion étatique dans les intérêts les plus fondamentaux de la

<sup>21</sup> William Connolly, *The Terms of Political Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1983, p. 171, cité par Carter, *op. cit.*



personne<sup>22</sup>. Certes, on pratique en Chine des stérilisations depuis que la politique « un enfant – une famille » a été mise en place en 1979. Mais officiellement, l'État ne fait que pénaliser les femmes qui mènent à terme une deuxième grossesse (des pénalités allant du retrait des allocations pour le premier enfant jusqu'à la confiscation de biens) et récompenser celles et ceux qui s'engagent à respecter les règles. De surcroît, des exceptions sont créées pour ceux dont le premier enfant présente un handicap, pour ceux qui se remarient et n'ont pas eu d'enfant du premier mariage ou encore pour ceux qui ont été eux-mêmes enfant unique dans leur famille<sup>23</sup>. Le principe qui semble se trouver derrière cette dernière exception est un principe égalitaire mais dont les bénéficiaires seraient « les lignées génétiques » : ont droit à un second enfant les personnes dont les caractéristiques génétiques restent sous-représentées dans la population. Quoi qu'il en soit, ni Robertson, ni d'autres auteurs n'ont défendu le droit à avoir des enfants biologiques comme un simple droit à voir ses gènes représentés au travers les générations.

Pour résumer, les deux concepts de liberté de procréation apportent des réponses différentes à la question du clonage et du nombre de clones autorisé. Plus restrictif, le droit à la reproduction permet de justifier si ce n'est le sentiment de répulsion qu'on peut éprouver devant la perspective de créer un nombre considérable d'individus génétiquement identiques, du moins la limitation de l'usage répété du clonage.

#### LA LIBERTÉ DE L'ENFANT

On a souvent tenté de justifier au moyen des critères libéraux la limitation de la liberté de procréation dans le cas du clonage. Par exemple, le principe de non nuisance formulé par J. S. Mill « veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour [...] l'empêcher de nuire aux autres »<sup>24</sup>. Or, faire un enfant par clonage, a-t-on argumenté, c'est une façon de lui nuire, notamment en diminuant son autonomie.

<sup>22</sup> Robertson, *Children of Choice*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> Therese Hesketh & Wei Xing Zhu, « Health in China: The one child family policy: the good, the bad, and the ugly », *British Medical Journal*, 1997, vol. 314, p. 1685-1687.

<sup>24</sup> John Stuart Mill, *De la Liberté* (1859), trad. P. Bouretz, Paris, Gallimard, 1990, p. 74.



L'argument de l'autonomie de l'enfant a des versions différentes selon qu'il est formulé en termes du droit à l'ignorance<sup>25</sup>, à un avenir ouvert<sup>26</sup>, à ne pas vivre sa vie dans l'ombre<sup>27</sup> ou à avoir un génome unique et non altéré<sup>28</sup>. La question n'est pas tant si l'enfant a ces droits – le droit à un génome unique, par exemple, est difficilement défendable, dès lors que la naissance des jumeaux est naturelle et n'a jamais constitué une nuisance pour ceux-ci. La question est plutôt de savoir comment comprendre l'intuition, présente dans chaque version de l'argument, d'une réduction de l'autonomie de l'enfant.

L'une des difficultés provient de la fâcheuse tendance qu'ont certains à osciller entre trois façons de comprendre la liberté de l'enfant. Ainsi, ils suggèrent que : 1/ l'enfant n'est pas libre parce que ses parents l'ont contraint à vivre ce type de vie (avec un génome identique à celui de l'un d'entre eux), 2/ l'enfant n'est pas libre dans le sens où il n'a pas de libre arbitre (sa constitution est génétiquement déterminée) et 3/ l'enfant clone n'est pas libre parce qu'il aura moins d'opportunités qu'un enfant dont le génome est unique.

Parfois, les opposants au clonage fusionnent tous ces trois concepts de liberté pour soutenir que le clonage est une forme d'esclavage génétique car « produire de façon intentionnée des gens dont les prédispositions génétiques sont connues est une façon de saper leur libre arbitre et leur liberté civile »<sup>29</sup>. Plus souvent, ce sont toutefois les deux premiers concepts qui sont alliés : les parents « déterminent le génome » de leur enfant (dans le sens où ils prennent la décision) son destin étant ainsi « génétiquement prédéterminé » (dans le sens de l'absence du libre arbitre).

Il est toutefois difficile d'appeler contrainte la décision des futurs parents de recourir au clonage. Ceux qui l'appellent ainsi présupposent qu'il existe au préalable un moi sans caractéristiques, qui est contraint

25 Hans Jonas, « Biological Engineering – A Preview », dans *Philosophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man*, New Jersey, Prentice Hall, 1974, p. 153-163.

26 Joel Feinberg, « The Child's Right to an Open Future », dans William Aiken & Hugh LaFollette (dir.), *Whose Child? Children's Rights, Parental Authority and State Power*, Littlefield Adams, 1980.

27 Soren Holm, « A Life in the Shadow: one reason why we should not clone humans », *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 1998, n° 7, p. 160-162.

28 Jürgen Habermas, *L'Avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?* (2001), trad. Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2002.

29 Lori B. Andrews, « Is There a Right to Clone? », art. cit. p. 668, en s'appuyant sur Francis Pizzuli, « Asexual Reproduction and Genetic Engineering : A Constitutional Assessment of the Technology of Cloning », *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, p. 476-589.



par ses parents d'habiter un génome identique à celui de l'un d'entre eux. Mais cela ne serait pas encore trop grave si les mêmes qui supposent l'indépendance du moi de ses caractéristiques génétiques ne déploreraient ensuite son absence de libre arbitre en raison des caractéristiques génétiques qui lui ont été attribuées. Il y a donc des difficultés à affirmer que pour cet enfant, la décision de ses parents de recourir à tel type de procréation ou de se reproduire à tel moment est une décision qui lui nuit. Nous nous trouvons devant ce que D. Parfit appelle le problème de la non identité<sup>30</sup>. L'enfant ne peut reprocher à ses parents (*pace* Habermas) ni de l'avoir conçu par clonage – auraient-il agi différemment, l'enfant ne serait pas des nôtres –, ni de l'avoir contraint d'une façon ou d'une autre – n'auraient-ils pas utilisé le pouvoir que tout parent exerce en faisant venir au monde un enfant, il n'aurait pas eu davantage de chance d'être auteur de sa propre vie.

Certains opposants au clonage combinent non pas les deux premières, mais les deux dernières significations de l'absence de la liberté. En défendant le droit à l'ignorance, H. Jonas soutient que le fait d'être génétiquement identique à une autre personne détruit l'opportunité de l'enfant de rester ignorant ou de se laisser surprendre par son destin biologique, en le dérobant ainsi des conditions de sa liberté. Cela faisant, Jonas présuppose d'une part, que le déterminisme génétique est vrai et d'autre part, que le fait de pouvoir observer l'évolution de son parent enlève à l'enfant une opportunité importante, celle de ne pas savoir ce qui l'attend.

La question est de savoir si la conjonction de ces deux présupposés débouche sur une perte de liberté. Comparons d'abord les trois cas suivants<sup>31</sup>. Imaginons qu'Alf a enfermé Betty dans une pièce : ce ne seront pas seulement les défenseurs de la liberté négative qui diront que Betty n'est pas libre de sortir et qu'elle a été contrainte par Alf de rester enfermée. Si l'on imagine maintenant que la porte s'est claquée toute seule et que Betty ne peut pas sortir : certains diront que bien que Betty n'ait été contrainte par personne de rester dans la pièce, elle n'est toutefois pas libre de sortir. Mais imaginons maintenant que Betty, enfermée dans la pièce, ne sait pas qu'elle ne peut pas sortir : son ignorance la rend-t-elle



<sup>30</sup> Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, ch. 16. Pour une discussion dans le contexte du clonage voir aussi Justine Burley & John Harris, « Human Cloning and Child Welfare », *Journal of Medical Ethics*, 1999, vol. 25, p. 108-113.

<sup>31</sup> L'exemple est inspiré de David Miller, « Constraints on Freedom », *Ethics*, 1983, vol. 94, p. 66-86 cité par Hillel Steiner, *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994, p. 12.



plus libre de quitter la pièce ? Pour le dire autrement, si le déterminisme génétique est vrai, le recours au clonage ne diminue pas la liberté de l'enfant, mais éventuellement sa capacité de se sentir libre.

Une version plus récente de l'argument du droit à l'ignorance se garde de recourir au déterminisme génétique, mais maintient que l'ensemble d'opportunités de l'enfant sera dégradé. Imaginons, nous demande S. Holm, un avenir totalement hypothétique où la génétique nous apprend qu'il existe un nombre limité de génotypes qui se recyclent tous les trois cents ans. Certains d'entre nous vont s'empresse à chercher, nous dit Holm, à savoir comment vivaient il y a trois siècles les personnes dont le génome était identique au nôtre, tandis que d'autres vont préférer de ne rien savoir. C'est précisément ce choix qui n'est plus disponible pour l'enfant clone, car son jumeau lui est contemporain. Certes, si le clonage était organisé aléatoirement, avec des donneurs anonymes, l'argument perdrait sa valeur, ce que Jonas reconnaît aussi. Mais sans pouvoir élever l'enfant, le clonage perdra aussi son intérêt, ce que reconnaissent implicitement certains de ses défenseurs<sup>32</sup>.

Holm ne soutient pas que l'enfant va vivre sa vie dans l'ombre de son parent, parce que la thèse du déterminisme génétique est vraie. Il affirme seulement que cette thèse risque fort d'être perçue comme vraie – par l'enfant, les parents ou la société, qui vont agir en conséquence en diminuant les chances de l'enfant de vivre une vie ordinaire. Pour reprendre l'analogie avec la porte fermée, on dira qu'Alf diminue la liberté de Betty lorsqu'il croit qu'elle est enfermée, l'abandonne dans la pièce et arrive même à la convaincre qu'elle ne peut pas sortir. L'argument de Holm consiste donc à soutenir que les croyances contribuent la diminution de la liberté.

Que l'on soit ou non d'accord avec cette vision de la perte de liberté, on sera moins à l'aise avec la conclusion qu'en tire Holm : « aussi longtemps que la croyance en l'essentialisme génétique fait partie de la culture commune, il y a de bonnes raisons pour ne pas accepter le clonage »<sup>33</sup>. Mais s'agissant d'un faux usage de la connaissance génétique, il n'est pas évident que les politiques devraient en tenir compte de cette façon. Surtout, il ne semble pas moralement acceptable d'interdire, par exemple, la procréation des personnes appartenant à certaines minorités ethniques au nom des discriminations que leurs enfants vont subir, plus judicieux serait de diminuer la portée de ces discriminations<sup>34</sup>. De

<sup>32</sup> Robertson, « Liberty, Identity... », art. cit., p. 1373.

<sup>33</sup> Holm, « A Life in the Shadow », art. cit., p. 162.

<sup>34</sup> Strong, « The Ethics of Human Reproductive Cloning », art. cit., p. 47.



même, il ne semble pas acceptable d'interdire le clonage, au nom des discriminations et des maladroites qui seront commises à leur égard. Et certains affirment que ces discriminations commencent aujourd'hui par les lois qui transforment les enfants nés par clonage en « êtres humains interdits » et qui condamnent ceux qui participeraient à leur venue au monde à des lourdes peines<sup>35</sup>.

Pour résumer, les arguments de ceux qui s'opposent à la reproduction par clonage au nom de la liberté de l'enfant échouent le plus souvent à montrer que les parents exercent un pouvoir contraignant. En revanche, les arguments de ceux qui montrent que les opportunités de l'enfant seraient diminuées manquent une prémisse supplémentaire nous indiquant que la politique adéquate dans ce cas est bien la réduction de la liberté de procréation.

165

SPERANTA DUMITRU Deux façons de mesurer la liberté de procréation

#### LE DROIT DES GRANDS-PARENTS À LA PROCRÉATION

La liberté de procréation ne semble pas incompatible avec la liberté de l'enfant, à moins qu'elle ne soit exercée au détriment de sa santé, en diminuant drastiquement ses opportunités futures. Mais est-elle compatible avec la liberté des grands-parents ? Ce qui semble poser problème avec le droit à avoir des enfants *biologiques*, c'est plutôt que l'on ne sait pas qui détient ce droit.

Robertson soutient, on l'a vu, qu'un enfant biologique est particulièrement important pour façonner l'identité sociale et psychologique d'une personne, ainsi que son sens de la responsabilité. Dès lors, un ensemble de choix doit être protégé afin de permettre au parent génétique d'exercer sa liberté. Seulement, l'ensemble de droits qui en résulte doit être cohérent et ne pas entrer en conflit avec la même liberté garantie à autrui. Or, les choix protégés qu'énumère Robertson sont nombreux et il n'y a pas toujours une règle de priorité entre eux.

Probablement, le plus important parmi eux est le choix d'avoir ou non des enfants biologiques : la justification qu'en offre Robertson est-elle cohérente avec une liberté de procréation égale pour tous ? Supposons qu'un adulte infertile réclame, au nom du droit à la reproduction, de recourir au clonage. L'enfant ainsi conçu aura la moitié des gènes de son grand-père, tandis que l'autre moitié la tiendra de sa grand-mère. Supposons que les parents de cet adulte, qui sont encore en âge de

<sup>35</sup> Kerry Lynn Macintosh, *Illegal Beings. Human Cloning and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.





procréation, ont eu une raison très solide pour décider de ne plus avoir d'enfant. Comme leur décision est ferme, l'exercice du droit à la reproduction de l'adulte et de ses parents, respectivement, se trouve maintenant en conflit. Ces parents sont-ils moralement autorisés de lui demander de ne pas recourir au clonage ? En effet, quelle que soit la réponse à cette question, le droit à avoir un enfant biologique, tel que Robertson le justifie, pâtit.

166

Premièrement, une réponse négative indique que l'on accorde priorité au droit d'avoir un enfant au détriment du droit de ne pas en avoir. La conséquence immédiate de cette position est qu'elle fournit une justification à ceux qui voudraient aujourd'hui interdire l'avortement et qui s'engageraient à élever les enfants des femmes qui décideraient autrement<sup>36</sup>. Mais une deuxième conséquence est plus importante ici. Lorsque l'on pense que le droit de celui qui élève l'enfant doit prévaloir sur le droit de celui qui n'en veut pas, on a subrepticement changé de critère : ce n'est plus le lien génétique que l'on a avec l'enfant mais le fait de faire grandir un être humain qui rend ce droit important. Le lien génétique, à lui seul, ne semble pas conférer de droits aux grands-parents.

On pourrait récupérer l'argument du lien biologique en disant que l'enfant clone est génétiquement plus proche de l'adulte qu'il ne l'est de ses grands-parents, pris individuellement. La priorité de l'adulte s'expliquerait alors par l'intensité du lien biologique. Seulement, cette reconstruction ne sauve pas le droit à la reproduction tel qu'il est défendu par Robertson. Rappelons-nous que l'adulte est autorisé à recourir au clonage en raison de son infertilité : ses options sont clonage ou rien, tandis que celles des grands-parents sont conception traditionnelle ou rien. Or, le droit de l'un à faire son choix entre les options dont il dispose entre en conflit avec *le même droit* pour ses parents. Lorsque nous sommes tentés d'accorder une priorité à l'adulte, c'est que nous raisonnons probablement en termes de désir d'élever l'enfant ou de défense de la vie privée de l'adulte, mais non en termes de lien biologique. Cela semble montrer que l'intérêt fondamental que constitue l'enfant biologique n'a pas la priorité que lui accorde Robertson.

Deuxièmement, on peut répondre par l'affirmative à la question de savoir si les grands-parents sont autorisés à ne pas avoir un deuxième enfant par la volonté du premier de se cloner. Ce faisant, on conserve la justification initiale du droit à la reproduction : puisqu'une fois nés, les

<sup>36</sup> Laurence Thomas, « Trente ans après », *Raisons politiques*, 2003, vol. 12, n° 2, p. 25-31.





enfants façonnent la vie des individus, la décision d'en avoir ou non est importante et doit être protégée. Mais, cette fois, la priorité accordée au droit de ne pas avoir d'enfant sape le fondement même du recours aux technologies de procréation, car avoir un enfant biologique ne semble plus bénéficier de la priorité que Robertson lui accordait en tant que liberté fondamentale. La conséquence fâcheuse de cette position est que dans la reproduction sexuée, un futur père biologique aurait le droit de demander, au détriment du désir de la femme, que la grossesse ne soit menée à terme. Si nous pensons que cette conséquence est inacceptable, c'est que nous raisonnons en termes de vie privée ou de droit de la femme à disposer de son corps. Mais une fois encore, nous ne raisonnons pas du point de vue du droit à avoir un enfant biologique.

Pour résumer, la liberté de procréation peut difficilement être défendue comme un droit égal pour tous à avoir des enfants biologiques. La raison est que, dans certaines situations, l'exercice de ce droit par des personnes différentes est conflictuel. Le clonage rend ces situations plus saillantes, mais n'épuise évidemment pas le problème.

## CONCLUSION

Cet article ne défend pas ni ne s'oppose au clonage reproductif. Son but a été de montrer comment les valeurs liées à la procréation donnent des positions différentes. Ces valeurs n'épuisent pas notre ethos, dont la richesse alimente le débat actuel sur le caractère moral du clonage. Certes, ce débat se nourrit aussi d'émotions, mais ni les défenseurs du clonage, ni ses opposants ne sont saisis de panique, n'éprouvent de répugnance ou s'enthousiasment pour des arguments<sup>37</sup>.

Cet article s'est limité à discuter la liberté de procréation afin d'en distinguer deux conceptions, l'une qui se fonde sur la protection de la vie privée, l'autre qui se construit autour de l'intérêt fondamental à avoir des enfants biologiques. Si les deux conceptions soutiennent le recours au clonage, la seconde fournit des critères pour limiter ce recours aux personnes infertiles et refuser la protection d'un usage répété. Toutefois, le droit à avoir un enfant biologique soulève des problèmes lorsqu'on le comprend comme un droit égal pour tous.

37 Ruwen Ogien, *La Panique morale*, Paris, Grasset, 2004, p. 72-103 ; Leon R. Kass, « The Wisdom of Repugnance », dans Leon R. Kass & James Q. Wilson, *The Ethics of Human Cloning*, Washington, AEI Press, 1998, p. 3-61.

